

ADJUDICACION COLECTIVA

TEMA 1 PROVISIONES INTRODUCTORIAS

§ 2.01 Definición de cuestiones comunes

Cuestiones comunes son aquellas cuestiones de derecho o de hecho iguales en contenido funcional a lo largo de múltiples pretensiones civiles, sin importar si su disposición resolvería o no todas las cuestiones discutidas en el litigio.

Comentario:

a. Bases para las cuestiones comunes La sociedad industrial moderna y el rol activo del gobierno han producido complejas relaciones entre los individuos. Estas relaciones se extienden más allá de interacciones contractuales para abarcar relaciones que se dan a través de instituciones compartidas, tales como los mercados de bienes y servicios o las propias instituciones de gobierno. Como resultado, la conducta que produce un daño a una persona tiene el potencial de hacer surgir pretensiones de otras personas que exhiben características tanto comunes como individuales.

b. Relación con el derecho sustantivo. Las cuestiones de derecho y de hecho involucradas en cualquier pretensión civil individual son determinadas por el derecho sustantivo aplicable. Las cuestiones de derecho conciernen a los elementos que constituyen propiamente la pretensión del actor y las defensas aplicables. Las cuestiones de hecho conciernen disputas sobre si la prueba producida en el juicio demuestra, de acuerdo con el estándar de prueba aplicable, la existencia de un elemento dado. Al fijar la definición de cuestiones comunes en términos de si ellas son “iguales en contenido funcional a lo largo de múltiples pretensiones civiles”, esta Sección delinea los contornos del examen a la manera en que lo hace la familiar insistencia

Capítulo 2

acerca de la “misma cuestión” en materia de preclusión de cuestiones. Al mismo tiempo, esta Sección enfatiza la conexión que se da en la práctica entre las cuestiones de hecho y la prueba que recae sobre ellas. Una cuestión de hecho puede alcanzar el nivel de una cuestión común si, sujeto a las limitaciones establecidas en § 2.05 con relación a la selección del derecho sustantivo aplicable, un cuerpo común de pruebas presentado en juicio en beneficio de múltiples reclamantes es capaz de acreditar la existencia de un hecho material con respecto a todos esos sujetos.

Ejemplos:

1. Múltiples personas, 1–100, tienen pretensiones por fraude contra el demandado. El derecho sustantivo aplicable incluye un elemento de confianza como parte de la causa de acción de todos los reclamantes, y ninguna presunción de la existencia de tal confianza surge del hecho de las manifestaciones engañosas efectuadas por el demandado. Así, el derecho sustantivo aplicable requiere que cada reclamante pruebe haber confiado en las alegadas manifestaciones engañosas efectuadas por el demandado. No obstante, todos los reclamantes buscan acreditar la efectiva existencia de tal confianza por medio de un cuerpo común de pruebas, y este cuerpo de pruebas, si logra convencer al juez o al jurado según sea el caso, es capaz de probar dicho elemento con relación a todos. El demandado discute el cuerpo común de pruebas ofrecidos por los reclamantes pero, al hacerlo, no ofrece ninguna prueba de ausencia de confianza de parte de algunos de ellos en particular. La cuestión de hecho de la confianza constituye una cuestión común para todos los reclamantes.

Antes de permitir el tratamiento colectivo, sin embargo, la corte debería asegurarse de que las limitaciones adicionales implicadas en la agregación y tratadas en este Capítulo se encuentran satisfechas. En particular, la corte debería asegurar que el tratamiento colectivo no comprometa la capacidad del demandado de contestar las alegaciones efectuadas por los reclamantes o bien interponer las pertinentes defensas sustantivas. Ver § 2.07(d). La corte también debería establecer si el uso de un cuerpo común de pruebas para acreditar la efectiva confianza haría surgir un conflicto de interés estructural entre los reclamantes de tal magnitud que no pueda ser mitigado por instrucciones apropiadas por parte del juez o por la posibilidad de excluirse del proceso. Por ejemplo, algunos

- miembros de la clase podrían ser perjudicados si el tratamiento colectivo de sus pretensiones los priva de la oportunidad de fortalecer sus casos en lo que respecta al elemento de confianza por medio de la invocación de prueba individual. Ver en general § 2.07(a)(1)(B) (subrayando la necesidad de indagación judicial sobre la existencia de conflictos de interés estructurales dentro de la clase propuesta).
2. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que el cuerpo común de pruebas, aun si fuera aceptado como verdadero por el juez o el jurado luego de la consideración de toda la prueba en contrario ofrecida por el demandado, no resulta capaz de acreditar la existencia de confianza con relación a todos los reclamantes. La cuestión de hecho de la confianza no constituye una cuestión común para todos los reclamantes. Ver también § 2.03, Ejemplo 2.
 3. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que el demandado ofrece prueba individual de una amplia ausencia de confianza de parte de ciertos reclamantes. La cuestión de hecho de la confianza no constituye una cuestión común para todos los reclamantes.

c. Relación con cuestiones individuales. La definición de cuestiones comunes en esta Sección se encuentra en contraste con la de cuestiones individuales. Múltiples pretensiones civiles pueden exhibir cuestiones individuales recurrentes, en el sentido de tener los mismos elementos legales que los titulares de tales pretensiones deben satisfacer. Pero dichas cuestiones individuales recurrentes, sin embargo, no alcanzan el nivel de cuestiones comunes dentro del significado acordado a éstas en la presente Sección. Las cuestiones comunes no sólo son recurrentes a lo largo de múltiples pretensiones civiles, sino que también son iguales en contenido funcional en el sentido de requerir las mismas determinaciones legales y fácticas para su resolución. En líneas generales puede decirse que, a la luz de la experiencia acumulada en el mundo real de las acciones de clase, las cuestiones comunes tienden a surgir más frecuentemente con respecto a asuntos “*upstream*”, focalizados en un curso de conducta general de parte de aquel que se opone a los reclamantes en el litigio, más que en asuntos “*downstream*”, centrados en las situaciones individuales de tales reclamantes. De igual manera -en líneas generales y a la luz de la experiencia- las cuestiones comunes tenderán a surgir más frecuentemente con respecto a daños económicos causados por un curso de conducta generalizado que con respecto a daños personales, respecto de los cuales una indagación “*upstream*” probablemente no avanzaría materialmente la disposición de las pretensiones.

Capítulo 2

Ejemplos:

4. Múltiples consumidores, 1-100, tienen pretensiones contra los demandados Empresa Alfa y Empresa Beta. Las pretensiones de todos los consumidores se apoyan en alegaciones de que Alfa y Beta han celebrado acuerdos para fijar los precios de sus productos de consumo en competencia en violación al derecho federal sobre defensa de la competencia, y que los alegados acuerdos han hecho subir los precios para todos los consumidores por encima de niveles competitivos. Si Alfa y Beta han celebrado tales acuerdos constituiría una cuestión común para todos los consumidores. Cómo medir los daños sufridos por los consumidores -esto es, el método para el cálculo de daños- también constituiría una cuestión común para todos los consumidores. Cuánto dinero en concepto de daños cada consumidor debería recibir en el supuesto de demostrarse la práctica ilícita de fijación de precios presenta una cuestión individual recurrente para todos los reclamantes, en el sentido que todas sus respectivas causas de acción tienen al daño como uno de sus elementos. Pero esta cuestión no constituye una cuestión común. Más bien, las cuestiones que rodean el cálculo de daños ocasionados a los consumidores giran en torno a la particular situación fáctica de cada uno de ellos (como por ejemplo el volumen de compras efectuado) y, por tanto, no son susceptibles de una misma determinación fáctica que aplique a todos los consumidores.

El contraste presentado entre cuestiones comunes y cuestiones individuales, sin embargo, se mantiene como un asunto diferente de la cuestión de si corresponde permitir el tratamiento colectivo para una cuestión común. Como fue discutido en § 2.02(a), la decisión de agregar se apoya no sólo en la presencia de una cuestión común tal como la definimos aquí, sin también en diversas indagaciones adicionales entre las cuales se incluyen las de saber si el tratamiento colectivo de tales cuestiones avanzará materialmente la resolución de las pretensiones implicadas y si tal tratamiento estará conforme con los principios establecidos en §§ 1.03–1.05. Las siguientes Secciones describen limitaciones adicionales para permitir la agregación, las cuales exigen atención judicial antes de que el tratamiento colectivo sea permitido.

d. Pretensiones relacionadas. Como deja entrever el Comentario *c* y tal como subraya la letra negra de esta Sección, la disposición de cuestiones comunes no necesariamente debe resolver todas las cuestiones que se encuentran en disputa en el litigio. Pueden quedar pendientes cuestiones individuales. A pesar de ello, múltiples pretensiones civiles pueden apropiadamente ser descritas como “pretensiones relacionadas” cuando exhiben características legales y fácticas superpuestas que dan lugar a un núcleo operativo común de hecho.

El tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas puede ser apropiado, tal como fue descrito en § 2.07. Sin embargo, el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas se mantiene como algo diferente del tratamiento colectivo de tan sólo una cuestión común, procedimiento este último discutido aparte en § 2.08. El tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase de acuerdo con lo sostenido en § 2.08 generaría sólo una preclusión de tal cuestión, dejando al resto de las cuestiones del litigio para ser abordadas en subsiguientes procedimientos. En contraste, el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas por medio de una acción de clase de acuerdo con lo sostenido en § 2.07 generaría tanto preclusión de cuestiones como *res judicata* (antes conocida como “preclusión de pretensiones”), debido a que el proceso colectivo involucraría todas las cuestiones disputadas en el litigio.

e. Gestionando cuestiones individuales de modo eficiente. Más allá de no calificar como cuestiones comunes, las cuestiones individuales pueden poseer ciertas características que facilitan su tratamiento eficiente en clave colectiva. Esto puede ocurrir cuando existe un método común científico, económico o de otro tipo para el cálculo de los daños, el cual permite reducir a un mero ejercicio administrativo el cálculo de lo que debe abonarse a cada reclamante en particular. Para mayor discusión sobre este punto, ver § 2.03, Comentario *c*. Situaciones en que las cuestiones individuales pueden ser manejadas de modo eficiente en clave colectiva se encuentran más frecuentemente en contextos de tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas, como fue descrito en § 2.07. Aquí, nuevamente, en líneas generales y a partir de la experiencia, tales situaciones tienden a surgir con relación a pretensiones de daño económico más que en supuestos de daños personales.

Capítulo 2

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario b. El ejemplo 1 se desprende del tratamiento desarrollado en *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241, 1258–1259 (11th Cir. 2004), sobre prueba común capaz de acreditar confianza de parte de todos los miembros de la clase en conexión con pretensiones basadas en fraude bajo la ley federal RICO y en el marco de una acción de clase que versaba sobre las prácticas de reembolso de la industria de gestión del servicio de salud. El ejemplo 2 es tomado de *Poulos v. Caesars World, Inc.*, 379 F.3d 654, 667–668 (9th Cir. 2004), donde un cuerpo común de pruebas —aun si aceptado como verdadero por el juez o el jurado— no hubiera podido acreditar confianza de parte de todos los miembros de la clase en el contexto de pretensiones de fraude basadas en RICO con relación a las máquinas de apuestas, debido a las razones individuales y tal vez idiosincráticas por las cuales los clientes de los casinos puede elegir apostar.

Refiriéndose al uso de prueba común en el contexto de una moción para certificar una acción de clase en defensa de la competencia, el Tercer Circuito capturó sucintamente la distinción efectuada aquí entre los resultados de *Klay* y *Poulos*:

La carga de los actores en la etapa de certificación de clase no es probar el elemento de impacto anticompetitivo. . . En cambio, la tarea de los actores en la certificación de clase es demostrar que el elemento de impacto anticompetitivo es *capaz de ser probado* en juicio por medio de prueba común a toda la clase más que de manera individual con relación a sus miembros. Decidir esta cuestión demanda de la corte de distrito un riguroso análisis de las pruebas disponibles y del método o métodos por medio de los cuales los actores proponen usar esas pruebas a fin de acreditar en juicio tal impacto.

In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig., 552 F.3d 305, 311–312 (3d Cir. 2008) (énfasis agregado).

El Ejemplo 3 se desprende de *In re St. Jude Medical, Inc.*, 522 F.3d 836, 840 (8th Cir. 2008) (“Dada la demostración del [demandado] St. Jude respecto a que presentará prueba concerniente a la confianza o ausencia de ella por parte de médicos y pacientes individuales en representaciones desarrolladas por St. Jude [concernientes a su prótesis de válvula de corazón], resulta claro que la determinación de la responsabilidad potencial de St. Jude con respecto a cada actor conforme los estatutos de fraude al consumidor estará dominada por cuestiones individuales de causalidad y

confianza. La necesidad de tales determinaciones actor-por-actor significa que las cuestiones comunes no predominarán en la indagación de la responsabilidad de St. Jude”).

Comentario c. Sobre el contraste respecto de la idoneidad del tratamiento colectivo entre casos *upstream* y *downstream* y entre daños económicos y personales:

Es posible dividir las acciones de clase exitosas y no exitosas [en el sentido de aquellas que han logrado obtener tratamiento colectivo] separando los casos que involucran daños económicos, por un lado, y los que involucran daños personales, por el otro. No obstante, hay algo más que aprender de esto que la simple distinción entre daños económicos y personales.

Resulta que, tal vez no sorprendentemente, las cortes se encuentran en su mejor posición cuando se trata de determinar y manejar hechos. Cuanto más nos apartamos del básico rol de las cortes como determinadoras de hechos, más problemas tenemos. La razón de que los casos de daños económicos son básicamente gestionables por las cortes [en clave colectiva] es que en ellos hay sólo unos pocos hechos críticos que dominan todo el caso. Estos son los casos que pueden ser pensados como casos *upstream*; esto es, casos donde el daño alegado se desprende de algún curso de conducta uniforme del demandado, del cual sigue todo lo demás. Usualmente los daños pueden ser calculados administrativamente, con cada actor recibiendo, en caso de prevalecer, una porción de la compensación a prorrata por determinado tipo de daño particular sufrido.

Por otra parte tenemos los casos que involucran daños personales. Lo que los distingue no es que se trate de casos de daños, sino más bien el hecho que la indagación *upstream* no es dispositiva. En casos tales como los originados en exposición al amianto, por ejemplo, aun cuando hay una indagación *upstream* respecto al hecho de que la exposición al amianto causa amiantosis, hay una necesidad inmediata de saltar *downstream* para determinar hecho por hecho la situación de cada actor individual. La historia jurisprudencial muestra que ninguna corte ha sido capaz de manejar eso en un sólo proceso. La historia jurisprudencial advierte que cuanto más nos apartamos de lo que las cortes pueden administrar en su capacidad de determinadoras de hechos, en peor situación nos encontramos. La línea general de demarcación parece ser que los casos de responsabilidad *upstream* son gestionables como acciones de clase; mientras que los casos de daños *downstream* no lo son.

Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 831–832 (1997).

Capítulo 2

Comentario d. La definición de “pretensiones relacionadas” como aquellas que exhiben un “núcleo operativo común de hecho” toma la expresión históricamente utilizada por el derecho procesal a fin de describir situaciones idóneas para el ejercicio discrecional de competencia por parte de cortes federales con respecto a pretensiones fundadas en derecho estatal. *United Mine Workers of America v. Gibbs*, 383 U.S. 715, 725 (1966) (“Las pretensiones estatales y federales deben derivarse de un núcleo operativo común de hecho. Pero si, consideradas más allá de su carácter federal o estatal, las pretensiones de un actor son tales que ordinariamente se esperaría que sean enjuiciadas todas en un sólo proceso, entonces, asumiendo el carácter sustancial de las cuestiones federales, las cortes federales tienen poder para oír todo el conjunto”).

Efecto sobre derecho actual. La definición de “cuestiones comunes” ofrecida aquí está diseñada para reflejar el entendimiento judicial emergente del término en acciones de clase y litigios consolidados.

§ 2.02 Principios para el tratamiento colectivo de cuestiones comunes.

- (a) **La corte puede autorizar discrecionalmente el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase si determina que la resolución de la cuestión común podría:**
- (1) **avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles al tratar el núcleo básico de la disputa de manera superior a otras alternativas procesales realistas, generando de tal modo una significativa eficiencia judicial;**
 - (2) **se encuentra conforme con los principios generales de los procesos colectivos descritos en §§ 1.03–1.05; y**
 - (3) **no compromete la justicia de los procedimientos para resolver cualquier cuestión remanente que pudieran presentar tales pretensiones.**
- (b) **Alternativas procesales realistas conforme la sub-sección (a)**
- (1) **pueden, en una situación dada, incluir:**

- (1) ***discovery* coordinado;**
 - (2) **resoluciones previas al juicio, tales como las que versan sobre una moción de sentencia sumaria o las relativas a la admisibilidad de pruebas relacionadas con la cuestión común;**
 - (3) **enjuiciamiento del caso de un reclamante o de múltiples casos individuales;**
 - (4) **una agregación administrativa dentro del significado dado a ésta en § 1.02(b); u**
 - (5) **otra acción de clase ya pendiente en otro sistema judicial.**
- (c) **El tratamiento colectivo de una cuestión común de acuerdo con la sub-sección (a) debe sujetarse a revisión en instancia de apelación tal como se provee en § 2.09.**
- (d) **Si se autorizan desarrollos fácticos para informar a la corte a efectos de permitirle determinar si autoriza el tratamiento colectivo de acuerdo con la sub-sección (a), entonces la corte debe establecer un plan donde los reclamantes y los demandados puedan desarrollar un *discovery* controlado de los hechos pertinentes para tal determinación.**
- (e) **Como parte de sus obligaciones según lo previsto en § 2.12, la corte debería**
- (1) **identificar las cuestiones abarcadas por el tratamiento colectivo y**
 - (2) **explicar cómo la agregación resolverá de modo justo y eficiente las cuestiones comunes identificadas y cómo avanzará materialmente la resolución de cualquier cuestión o pretensión remanente.**

Comentario:

a. Avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones. La Sub-sección (a) establece los principios que animan el tratamiento colectivo de acuerdo con este Capítulo. El foco aquí está puesto sobre las cortes como instituciones con autoridad y responsabilidad para determinar si el litigio puede proceder en clave colectiva. La Sub-sección (a) parte del punto fundamental que el tratamiento colectivo en sede judicial es un asunto de discreción judicial que fluye de la autoridad general de las cortes para ejercitar una temprana y efectiva su-

Capítulo 2

pervisión del litigio y, a menudo, de un particular estatuto o regla que autoriza el tratamiento colectivo. Al ejercer esta discreción las cortes deberían considerar si el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles por enfrentar el núcleo fundamental de la disputa de una manera superior a otras alternativas procesales realistas y generará, de tal modo, una significativa eficiencia judicial. En una situación determinada, las alternativas procesales realistas pueden incluir agregaciones administrativas, como fueron definidas en § 1.02(b), o el uso de alternativas no colectivas, tales como los *bellwether trials*. De esta manera, la presente Sección sitúa a las acciones de clase en continuidad con emergentes procedimientos para agregaciones administrativas que algunas cortes han dado en llamar –con algún grado de ambigüedad– “quasi-acciones de clase”. La terminología desarrollada en estos Principios busca dotar de mayor precisión a esta noción.

Con la frase “avanzar materialmente la resolución,” la sub-sección (a)(1) subraya la naturaleza limitada de la autoridad judicial allí reconocida. Esa locución se encuentra en consonancia con invocaciones de la frase por las cortes, sea en forma exacta o bien con palabras similares. En consecuencia, no se espera que la aplicación de la sub-sección (a)(1) produzca un cambio sustancial en el derecho de los procesos colectivos sino, más bien, busca sintetizar la aplicación de ese cuerpo del derecho que ha surgido a lo largo de décadas de experiencia con la moderna acción de clase. Este procedimiento de aplicación se realiza en la actualidad en términos de predominancia de cuestiones comunes, y la autorización para tramitar como acción de clase resulta confinada a cuestiones particulares. La presente Sección trabaja sobre la experiencia concreta en la aplicación del derecho existente en materia de acciones de clase, de modo tal de enmarcar el concepto de predominancia y la autorización de acciones de clase para el tratamiento de ciertas cuestiones de una forma más coherente. En particular, esta Sección como un todo –no sólo la frase “avanzar materialmente” mencionada en la sub-sección (a)(1)– delinea los alcances de las indagaciones multifacéticas comprendidas en la actualidad en el concepto de predominancia.

Además, la Sección (a)(1) confina el tratamiento colectivo de una cuestión común en una acción de clase a aquellas situaciones en las cuales dicha cuestión define el núcleo fundamental de la disputa presentada por múltiples pretensiones civiles, no meramente sus dimensiones tangenciales o secundarias. La identificación de una cuestión común, cuya resolución “avanzará materialmente la resolución” de tales pretensiones, va entonces mucho más allá de la identificación de cuestiones comunes mínimas que se

encuentra entre los requisitos generales para certificar una acción de clase conforme a las actuales reglas de proceso civil. Se trata de una indagación cualitativa, no de una enfocada simplemente en el esfuerzo que se espera que los abogados y la corte destinen a la resolución de la cuestión común. La referencia a avanzar “la resolución de múltiples pretensiones civiles”, además, no intenta sugerir que la tendencia del tratamiento colectivo a hacer más probables las chances de un acuerdo transaccional —simplemente como un asunto descriptivo— deba operar, por sí misma, como una consideración a favor del tratamiento colectivo.

La frase “materialmente avance la resolución” también opera en tándem con los principios generales de los procesos colectivos —de allí la referencia cruzada entre la sub-sección (a)(2) y §§ 1.03–1.05. Como subrayan los Comentarios *c–f*, tales principios generales —particularmente, el contenido y estructura del derecho sustantivo aplicable así como los principios en materia de preclusión y las consideraciones prácticas relacionadas— limitan las situaciones en las cuales el tratamiento colectivo de una cuestión común “avanzará materialmente la resolución” de múltiples pretensiones. La aplicación de la sub-sección (a) resulta así informada por los diversos ejemplos presentados en § 2.03–2.10. Dado que tales ejemplos se refieren a varias restricciones a la agregación, ellos se encuentran mejor en sus respectivos escenarios que replicados aquí íntegramente. En líneas generales, la experiencia acumulada con el mecanismo de acciones de clase sugiere que el tratamiento colectivo de una cuestión común avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles con mayor frecuencia cuando las cuestiones se refieren a asuntos “*upstream*”, enfocados en la conducta general de quienes se oponen a los reclamantes en el proceso, que cuando se trata de asuntos “*downstream*”, enfocados en la situación de los reclamantes. Ver § 2.01, Comentario *c*. Nuevamente, en línea con la amplia generalización tomada de la experiencia y volcada en § 2.01, el tratamiento colectivo de una cuestión común que versa sobre una conducta generalmente aplicable de la cual se alega resultaron daños económicos, puede avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones al reducir a una tarea administrativa aquellos asuntos individuales tales como el cálculo de los daños. Ver también § 2.03(b), Comentario *c*. La experiencia con el mecanismo de acciones de clase sugiere que el tratamiento colectivo de cuestiones comunes en litigios por daños personales tiene muchas menos chances de avanzar materialmente la resolución de tales pretensiones, particularmente en comparación con la alternativa procesal de acudir a un juicio que verse sobre todas las cuestiones presentes en los casos individuales.

Capítulo 2

La corte que emprende el proceso colectivo no puede predeterminar, ordenar o garantizar que la agregación “avanzará materialmente la resolución” de múltiples pretensiones en los términos de la sub-sección (a)(1), ni que el proceso colectivo vinculará tanto a los reclamantes como a los demandados. Esto, sin embargo, no significa que la corte deba evitar el análisis del efecto preclusivo potencial derivado del tratamiento colectivo. Por el contrario, la referencia cruzada a la noción de “facilitando resoluciones vinculantes” contenida en § 1.03(c) refleja la centralidad de la indagación sobre el potencial efecto preclusivo como parte de la determinación inicial sobre si agregar o no. En particular, cuando el tratamiento colectivo por medio de una acción de clase abarca sólo una o más cuestiones dentro de la constelación de todas las cuestiones surgidas de las pretensiones relacionadas, una importante duda sobre la capacidad de la acción de clase para alcanzar la preclusión de cuestiones debería, ante todo, aconsejar fuertemente contra una agregación del género.

b. Superioridad con respecto a otras alternativas procesales realistas. La indagación judicial descrita en la sub-sección (a)(1) es inherentemente comparativa, llamando a la corte a considerar las alternativas procesales realistas frente a la agregación por medio de una acción de clase y el grado con el cual ellas, también, avanzarían materialmente la resolución de las pretensiones implicadas. Esto se encuentra en línea con el reconocimiento de que las acciones de clase son sólo uno de los diversos métodos por medio de los cuales el proceso civil puede facilitar la resolución de pretensiones civiles relacionadas.

Las consideraciones que influyen sobre esta indagación comparativa incluyen, por ejemplo, la viabilidad de las pretensiones en ausencia de tratamiento colectivo y el grado de variación entre las pretensiones. “Viabilidad” se refiere a la posibilidad, en la práctica, de que los reclamantes puedan obtener representación en el mercado de servicios legales en ausencia de tratamiento colectivo. “Variación” retoma la sugerencia previa de enfocar el tratamiento colectivo en cuestiones comunes que definan el núcleo fundamental de la disputa. El propio grado de variación puede variar, dependiendo de si el tratamiento colectivo servirá como una vía para resolver todas las cuestiones surgidas de las pretensiones en disputa o bien algún sub-conjunto compuesto de ciertas cuestiones comunes. Ver §§ 2.03–2.04. La “variación” también tenderá, en general, a seguir la línea de las distinciones mencionadas más arriba entre asuntos *upstream* y *downstream* y entre daños económicos y personales. Ver Comentario *a*.

Diferentes combinaciones de viabilidad y variación tienen diferentes implicaciones para la agregación. En situaciones de baja viabilidad en ausencia

de agregación y también baja variación entre las pretensiones individuales, el derecho procesal ha reconocido desde hace mucho tiempo la importancia de la agregación para vindicar causas de acción privadas. La elección inicial sobre si reconocer tales derechos, sin embargo, se mantiene en las instituciones de derecho sustantivo y no en el derecho de los procesos colectivos. En contraste, las situaciones de alta viabilidad y alta variación presentan los escenarios más débiles para la agregación, debido a que probablemente hay alternativas procesales realistas para el tratamiento y resolución de las pretensiones subyacentes. Las pretensiones por daños personales frecuentemente encajan en esta última descripción.

Los litigios por daños personales caracterizados por una alta viabilidad y alta variación bien pueden presentar una o más cuestiones comunes de acuerdo con el significado dado a éstas en § 2.01, pero el tratamiento colectivo confinado a tal cuestión común corre un significativo riesgo de obtener una determinación fuera de contexto y aislada de las demás cuestiones relacionadas. No es necesario que la corte corra este riesgo cuando la viabilidad económica de las pretensiones por daños personales consideradas individualmente tornan a los juicios individuales en una alternativa procesal realista en los términos de § 2.02(b)(3) –una alternativa que permitiría presentar cualquier cuestión común dentro de un contexto más amplio, junto con las cuestiones remanentes. Como se sostiene en § 2.03, Comentario *b*, los juicios individuales evitarían además la necesidad práctica de reconsiderar sustancialmente, en el marco del proceso a desarrollar para tratar las cuestiones remanentes, la prueba producida sobre la cuestión común en el proceso colectivo. Finalmente, los juicios individuales evitarían situar a reclamantes y demandados ante el riesgo de enfrentar una determinación “a-todo-o-nada” del mérito de la cuestión común en clave colectiva. En algunas circunstancias, el estándar de prueba que aplica en los casos civiles (predominancia de la prueba) puede resultar en una situación donde algunos reclamantes ganan y otros pierden en las primeras etapas de procesos donde se discuten pretensiones similares que surgen de daños masivos. Múltiples juicios individuales -procesos que podrían alcanzar resultados diferentes- pueden reflejar más exactamente el grado de incertidumbre asociado con determinada cuestión común, informando de mejor manera la resolución total del litigio.

En términos operativos, los principios para el tratamiento colectivo de cuestiones comunes pueden ser de mayor uso en el campo de lo que podríamos llamar “combinaciones mixtas”. En virtud de ello, los principios establecidos en este Capítulo buscan proveer mayor precisión al análisis judicial

Capítulo 2

sobre agregación de cuestiones con particular atención a tales escenarios. En situaciones de alta viabilidad pero baja variación, la agregación puede avanzar materialmente la resolución de las pretensiones subyacentes pero sólo si es acompañada de la oportunidad de los titulares de tales pretensiones para excluirse individualmente del proceso. Ver § 2.07(a)(1). En cambio, en situaciones de baja viabilidad y alta variación, el tratamiento colectivo de todas las cuestiones surgidas de las pretensiones subyacentes difícilmente nos lleve a la resolución de las pretensiones en comparación con avenidas procesales alternativas. La corte, sin embargo, debería considerar si el tratamiento colectivo de tan sólo las cuestiones comunes lograría eso. Ver §§ 2.03–2.04.

La sub-sección (b) elabora, por medio de ejemplos no taxativos, las “alternativas procesales realistas” que, en una situación dada, pueden informar la indagación de la corte sobre si el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles. Varias de las alternativas mencionadas en la sub-sección (b) probablemente serán bastante familiares para la corte por provenir del escenario del litigio tradicional individual. En ese escenario, el tipo de *discovery* coordinado mencionado en la sub-sección (b) (1) es un lugar común en el sistema judicial federal cuando se presentan múltiples pretensiones civiles que involucran cuestiones de hecho comunes. Las referencias efectuadas en la sub-sección (b)(2) con relación a decisiones tomadas en mociones de sentencia sumaria (incluyendo sentencia sumaria parcial) y decisiones sobre la admisibilidad de prueba que pertenece a la cuestión común, sirven como recordatorios de que tales decisiones también pueden materialmente avanzar la resolución de múltiples pretensiones a un grado tal de tornar inapropiado, desde el punto de vista comparativo, al tratamiento colectivo por medio de una acción de clase.

Como fuera anticipado en la discusión previa sobre pretensiones por daños personales, la sub-sección (b)(3) reconoce la potencial utilidad de los juicios tradicionales -sea en el caso de un reclamante individual o de múltiples casos del género- como una vía que puede, en determinadas situaciones, avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles. Tales juicios pueden consistir en *bellwether trials*, a los cuales los reclamantes y demandados en otros casos pueden voluntariamente consentir ser vinculados. Aun cuando no resultan formalmente vinculantes sobre otros reclamantes o demandados, los *bellwether trials* pueden informar tanto a la corte como a otros potenciales litigantes sobre cuestiones críticas concernientes a los beneficios de otras herramientas de agregación y a los méritos de la disputa

subyacente, y pueden servir también como base para lograr efectos de preclusión contra las partes en cuestiones que han sido efectivamente litigadas. Los *bellwether trials*, además, no necesariamente deben tener lugar ante una única corte de primera instancia sino que, más bien, pueden tramitar en múltiples cortes en las cuales se encuentran pendientes casos individuales —por ejemplo, mediante coordinación informal entre los jueces relevantes o con un juez en particular actuando por designación en los distintos lugares donde los casos individuales podrían ser enjuiciados. No obstante, la corte debe tener en mente que la conducción de múltiples *bellwether trials* es cualquier cosa menos económica, tanto para las partes como para el sistema judicial, y por ello debe evaluar apropiadamente tales costos en comparación —nuevamente— con cualquier eficiencia que pudiera anticiparse habrá de ser generada por el tratamiento colectivo.

La sub-sección (b)(4) también presta atención a la posibilidad que, en una determinada situación, la agregación administrativa puede ofrecer una alternativa plausible al tratamiento colectivo por medio de una acción de clase. Como fuera definida en § 1.02(b), la agregación administrativa consiste en “procesos relacionados, que pueden ser o no procesos colectivos, tramitando bajo supervisión o control judicial común”. Recientemente, en algunas ocasiones las cortes han ido tan lejos como para apodar a ciertas formas de agregación administrativa con la denominación de “quasi-acciones de clase”. La referencia a la agregación administrativa guarda relación con las consideraciones descriptas en el Comentario *a* respecto de la viabilidad de las pretensiones en clave individual. Si las pretensiones son individualmente viables y se encuentran pendientes ante un número gestionable de cortes, entonces la supervisión o control judicial común podría reducir sustancialmente la necesidad práctica de una acción de clase. En una situación que comprende más de una corte con casos pendientes, la coordinación informal entre los jueces involucrados puede generar una suerte de supervisión judicial en términos funcionales. En cualquiera de estas coordinaciones informales se debería informar efectivamente a todas las partes sobre todas las determinaciones procesales relevantes.

Como fuera establecido en § 2.02(a)(1), la generación de “significativa eficiencia judicial” dota de fuerza adicional a la noción de avance material a la hora de la comparación con las alternativas procesales realistas. Las consideraciones pertinentes para esta indagación exigen evaluar no sólo si el tratamiento colectivo sería más eficiente, sino también si es probable que los procesos sobre cualquiera de las cuestiones remanentes no resueltas en la agregación vayan a tener lugar ante la misma corte. Cuando es la misma

Capítulo 2

corte la que debe manejar tanto el proceso colectivo para tratamiento de una cuestión determinada como cualquier cuestión remanente en el litigio —como podría ocurrir cuando la disputa concierne asuntos de naturaleza geográficamente limitada o localizada— el tratamiento colectivo de la cuestión común tiene más probabilidad de generar significativa eficiencia judicial que cuando las cuestiones remanentes deben ser tratadas por otras cortes lejanas. Esta observación se elabora sobre jurisprudencia existente. Las cortes federales de apelación que han revocado el tratamiento colectivo de cuestiones en litigios por daños masivos han, no obstante, autorizado tal tratamiento en litigios ambientales y de discriminación laboral focalizados en una zona geográfica específica o en un establecimiento particular. De hecho, en algunos de estos últimos casos las cortes federales de apelación han sostenido que las cortes de distrito abusaron de su discreción al *no* certificar la clase conformada por los afectados por el daño ambiental o la discriminación laboral en discusión.

La sub-sección (b)(5) aborda situaciones en las cuales la acción de clase propuesta es meramente una de múltiples acciones de clase que comprenden a los mismos (o fuertemente superpuestos) reclamantes. Como se sostuvo en § 3.02, Comentario *a*, una situación con múltiples acciones de clase demanda una fuerte atención judicial por la posibilidad de lo que se ha dado en conocer como “subasta inversa”, donde la parte que se opone a la clase puede buscar enfrentar a los abogados que compiten por ser patrocinantes legales del grupo a fin de obtener un acuerdo transaccional colectivo que subvalore las pretensiones de sus integrantes. En las acciones de clase propuestas al sólo efecto transaccional, la corte debería considerar la posibilidad de denegar la certificación a la luz de la superioridad que otras acciones de clase pendientes pudieran significar en cuanto vía para la resolución de las pretensiones subyacentes.

c. Aplicando los principios generales para la agregación. Como fuera anticipado en el Comentario *a*, la sub-sección (a)(2) restringe la determinación de la corte para autorizar el tratamiento colectivo de una cuestión común mediante la referencia a los principios de la agregación establecidos en §§ 1.03–1.05. Esta restricción tampoco anticipa cambios sustanciales en el derecho existente sino que, más bien, establece con mayor precisión consideraciones que actualmente informan la aplicación del concepto de predominancia en las acciones de clase. Como son aplicados aquí, los principios de § 1.03 aconsejan que la agregación debería respetar los derechos y responsabilidades delineadas por el derecho sustantivo aplicable; debería permitir que las determinaciones efectuadas en clave colectiva puedan generar resoluciones

vinculantes para todos los reclamantes; y debería proteger los intereses de las partes, las personas representadas, los reclamantes y los demandados.

d. Derecho sustantivo. Dado que la existencia de cuestiones comunes depende en sí misma del derecho sustantivo subyacente, como fuera discutido en § 2.03, Comentario *b*, el contenido del derecho sustantivo influencia la decisión de acordar o no tratamiento colectivo al asunto. El derecho sustantivo define las relaciones entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho -en ocasiones interrelacionándolas y en ocasiones separándolas claramente de modo tal de crear un “conjunto” con respecto al cual puede caber el tratamiento colectivo. Ver § 2.03(a). La agregación debe respetar estas elecciones sustantivas ya que las reglas procesales generalmente existen para describir los modos de adjudicación de pretensiones civiles sin alterar el contenido de los derechos sustantivos. Uno puede entender esta restricción sobre los procedimientos colectivos en términos de una distinción entre (1) la ampliación de pretensiones civiles tal como fueran delineadas por el derecho sustantivo y (2) la distorsión del derecho sustantivo subyacente. De acuerdo con § 1.03(b), la presente Sección vislumbra la agregación de cuestiones comunes en el litigio como operando sin problemas con el derecho sustantivo, en el sentido de colaborar en la justa y eficiente resolución de tales cuestiones sin alterar su contenido sustantivo. Así, el tratamiento colectivo es posible cuando un juicio podría autorizar la presentación de prueba suficiente para demostrar la validez o invalidez de todas las pretensiones con respecto a una cuestión común conforme al derecho sustantivo aplicable, sin alterar los estándares sustantivos que hubieran aplicado en el supuesto que cada pretensión fuera enjuiciada independientemente y sin comprometer la capacidad del demandado de disputar las alegaciones efectuadas por los titulares de las pretensiones o de presentar las defensas sustantivas pertinentes. Ver § 2.01, Comentario *b* (discutiendo la relación de las cuestiones comunes de hecho con la prueba anticipada en el juicio). La existencia de este tipo de prueba común es una manifestación de la baja variación existente entre las pretensiones a ser agregadas.

e. Alcance de la preclusión. El tratamiento colectivo de cuestiones comunes en un litigio no tendría razón de ser si no aliviara, en la práctica, la necesidad de visitar las mismas cuestiones en otros procesos. En concordancia, la decisión de proveer tratamiento colectivo al asunto debe tener lugar prestando mucha atención tanto al potencial efecto de cosa juzgada como de preclusión de cuestiones que pueden provocar las determinaciones logradas en el proceso colectivo. Conforme § 2.01, Comentario *d* (señalando que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas de acuerdo con § 2.08

Capítulo 2

sólo dará lugar a preclusión de cuestiones, mientras que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas de acuerdo con § 2.07 generará tanto preclusión de cuestiones como cosa juzgada). Si la determinación de una cuestión dada con respecto a un reclamante no determinaría esa misma cuestión con respecto a todos, o si una determinación colectiva sólo ocurriría en medio de dudas acerca de sus efectos preclusivos, entonces estas preocupaciones deben ser tomadas como signos de alerta que aconsejan fuertemente contra la agregación. Como se sostiene en § 2.07, el alcance de la preclusión se encuentra estrechamente relacionado con dictados constitucionales en materia de debido proceso y con consideraciones de justicia hacia los reclamantes y los demandados. Ambos argumentos representan los fundamentos más relevantes para no asignar efecto preclusivo al resultado de los procesos colectivos.

El énfasis puesto aquí en el efecto preclusivo brinda claridad adicional a la operación señalada en la sub-sección (a)(1). El tratamiento colectivo de cuestiones comunes puede avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles en comparación con otras alternativas procesales realistas al hacer más transparente y directa la determinación de si hay o no preclusión de cuestiones en subsiguientes procesos concernientes a las cuestiones remanentes en el litigio. Ver § 2.03, Comentario *b*; § 2.12, Comentario *b*. Esta clarificación del efecto de preclusión de cuestiones -nuevamente, un tema que será determinado en última instancia en subsiguientes procesos- opera notablemente aun cuando aquellos que se oponen a la agregación están preparados para conceder las cuestiones comunes respecto de las cuales se solicita un tratamiento colectivo. La consideración de la preclusión no se limita al momento en el cual la corte toma la determinación de agregar. Cuando la corte autoriza el tratamiento colectivo de una cuestión común, ella debería revisitar su análisis del potencial preclusivo al final del proceso en la medida que la tramitación de éste hubiera traído a la luz hechos o consideraciones adicionales que pudieran influir en el alcance de la preclusión.

f. Protegiendo los intereses de los participantes. Como se observa en el Capítulo 1, los procesos colectivos atribuyen a los participantes diferentes niveles de control. Ver § 1.05, Notas de los Reporteros. En particular, algunas formas de agregación tales como las acciones de clase implican un control de los participantes relativamente limitado. En la medida que el control retrocede, el marco para la agregación debe asumir por sí mismo un mayor rol en lo que hace a la protección de los intereses de todos los participantes. Parte de esta protección involucra el respeto de los derechos y remedios establecidos por el derecho sustantivo aplicable. Ver Comentario *d*. Asimismo, hay aspectos adicionales de

protección que conciernen a los derechos individuales de los participantes en el proceso colectivo. Como se sostiene en § 2.07, estos derechos individuales asumen diversas formas, incluyendo notificaciones, oportunidades para participar o excluirse e indagación judicial sobre los arreglos de representación concertados para el proceso colectivo.

La sub-sección (a)(2) subraya la importancia de un aspecto particular del principio general tratado en § 1.04(a), a saber: que los procesos colectivos deberían tener en consideración tanto los objetivos de los titulares de las pretensiones como los objetivos de los demandados. El tratamiento colectivo de una cuestión común no debería comprometer la justicia de los procedimientos para la resolución de las cuestiones remanentes presentadas por las múltiples pretensiones involucradas. La cuestión de la justicia, no obstante, se mantiene informada por el derecho sustantivo aplicable y por tanto debería ser analizada por la corte a la luz de éste.

Ejemplos:

1. Múltiples empleados, 1-100, tienen pretensiones contra Demandado, todas ellas basadas en la alegación que Demandado ha desarrollado en su lugar de trabajo un patrón de prácticas de tratamiento diferencial basado en el sexo. El derecho sustantivo aplicable establece que la prueba de tal patrón o práctica dispara una presunción de tratamiento dispar en las particulares acciones laborales de las cuales se quejan los empleados. Demandado contesta que el derecho sustantivo también exige acordarle a éste una oportunidad para rebatir tal presunción con respecto a empleados particulares. En orden a determinar si corresponde autorizar o no el tratamiento colectivo y, en caso de autorizarlo, el alcance apropiado del mismo, la corte debería determinar si el derecho sustantivo requiere que Demandado tenga la oportunidad de rebatir la presunción de tratamiento dispar en instancias individuales. Si el derecho sustantivo efectivamente así lo dispone, y si tales instancias individuales no presentan cuestiones comunes a todos los empleados en beneficio de los cuales se solicita la agregación, entonces el proceso colectivo -de haberlo- no debería abarcar el procedimiento correspondiente para rebatir la presunción.

g Revisión en instancia de apelación. La sub-sección (c) de esta Sección enfatiza desde el inicio la profunda conexión existente entre la autoridad discre-

Capítulo 2

cional para agregar pretensiones aquí descripta y el marco de revisión en instancia de apelación -revisión tanto de la propia determinación de agregar, como se encuentra ya previsto en el derecho de las acciones de clase, como de la resolución sobre el mérito de la cuestión en el supuesto que la agregación abarque sólo una cuestión común. La Sección 2.09 elabora con mayor especificidad el procedimiento de revisión en instancia de apelación del mérito de una cuestión común tratada en clave colectiva.

h. Informando la determinación de la corte sobre la agregación. La sub-sección (d) se refiere al procedimiento a través del cual la corte debería posicionarse para decidir si autorizar o no el tratamiento colectivo. La aplicación de los principios desarrollados en este Capítulo a menudo exigirá a la corte mirar más allá de los escritos postulatorios. La atención prestada en la sub-sección (d) a la potencial necesidad de un “*discovery* controlado” sobre asuntos fácticos pertinentes para resolver sobre la agregación se desprende del reconocimiento emergente según el cual la cuestión de si agregar o no es una cuestión mixta de hecho y de derecho, no un asunto postulatorio. La insistencia en la sub-sección (a) para que la corte afirmativamente “determine” que la agregación satisfará los criterios allí establecidos, subraya la obligación de la corte de resolver cada una de esas cuestiones como presupuesto para autorizar el tratamiento colectivo. Ver también § 2.06 (subrayando la obligación judicial de decidir todas las cuestiones de derecho que pudieran influir sobre la decisión de agregar).

La dimensión fáctica de la decisión puede requerir un *discovery* controlado en determinado momento para informar el modo en que la corte debe aplicar los principios establecidos aquí. El *discovery* sobre cuestiones relativas a la agregación no es un derecho de los titulares de las pretensiones ni de los demandados sino, más bien, una facultad discrecional de la corte a la luz de la naturaleza de los asuntos fácticos que influyen para determinar si agregar o no. Si la corte considera que es necesario proceder a un *discovery* controlado, entonces debería establecer un plan para organizarlo. La siguiente frase “pertinente para esa determinación” refleja igualmente que el *discovery* controlado, cuando es autorizado por la corte, no debería abarcar todas las disputas fácticas presentes en las múltiples pretensiones, sino más bien sólo aquellas que influyen sobre la idoneidad del tratamiento colectivo. Las disputas fácticas que no son pertinentes para el tratamiento colectivo son apropiadamente abordadas por la corte bajo el marco ordinario de la sentencia sumaria o del enjuiciamiento tradicional.

i. Identificación del alcance del tratamiento colectivo. La sub-sección (e)(1) subraya la necesidad que tiene la corte de identificar las cuestiones o pretensiones

comunes que serán abarcadas por el tratamiento colectivo. Esta identificación sirve al propósito inmediato de poner a la corte en condiciones de proveer notificaciones, como se garantiza en § 2.07(a)(3), concernientes a los asuntos que pueden ser precluidos como resultado del proceso colectivo. Adicionalmente, la precisión judicial sobre el alcance de la agregación facilita la determinación de los efectos preclusivos en cualquier proceso subsiguiente que verse sobre otras cuestiones presentes en las múltiples pretensiones involucradas. La identificación del alcance de la agregación también facilita la práctica de notificaciones importantes para aquellos cuyas pretensiones o defensas puedan precluir con motivo del proceso colectivo. Finalmente, la clara articulación de las bases de la agregación facilita una informada revisión en instancia de apelación.

j. Explicación de las razones que justifican el tratamiento colectivo. La sub-sección (e)(2) opera en tándem con los criterios establecidos en las sub-secciones (a) y (b), insistiendo en que cualquier autorización judicial para agregar pretensiones debería ser acompañada por la explicación de cómo ese tratamiento resolverá justa y eficientemente las cuestiones o pretensiones comunes identificadas y cómo avanzará materialmente la resolución de cualquier cuestión o pretensión remanente. La necesidad de una justificación expresa por parte de la corte se desprende del reconocimiento efectuado en el Comentario *a* respecto de la naturaleza discrecional de la decisión de agregar. La Sección 2.12 profundiza en el plan de adjudicación que la corte debería desarrollar en esta línea.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. La naturaleza discrecional de la decisión de agregar pretensiones por medio de acciones de clase y consolidaciones es una característica bien reconocida del derecho vigente. Ver 7AA Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 1785, 370–371 (3d ed. 2005) (“La corte de juicio tiene amplia discreción para decidir si certifica una acción de clase, y su decisión será revocada sólo si se demuestra un abuso en tal discreción”.); 9A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 2383, 437–438 (3d ed. 2005) (“La corte de distrito ha sido dotada con amplia discreción para decidir si la consolidación. . . sería deseable y la decisión del juez de distrito es, inevitablemente, altamente contextual. . .”). La referencia a la autoridad general de las cortes para

Capítulo 2

ejercitar una “temprana y efectiva supervisión” sobre el litigio se desprende del Manual for Complex Litigation (Fourth) § 10 (2004).

El derecho existente reconoce la posibilidad de brindar un tratamiento de clase a todas las cuestiones involucradas en una “controversia” más grande si “la corte encuentra demostrado que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte sólo a miembros individuales, y que la acción de clase es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficiente adjudicación de la controversia”. Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(3). Al mismo tiempo, el derecho vigente también reconoce la posibilidad de que una corte, “[c]uando resulte apropiado”, pueda realizar un tratamiento de clase “con respecto a cuestiones particulares” dentro de una constelación más grande de cuestiones generadas por una controversia determinada. Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(4).

Esta Sección procede sobre la premisa de que tanto el requisito de predominancia, establecido en la Regla 23(b)(3), como la autorización para tratar colectivamente sólo ciertas cuestiones, reconocida en la Regla 23(c)(4), son valiosos componentes del derecho de los procesos colectivos. El marco aquí establecido no contempla el abandono de estas previsiones en el derecho vigente ni tampoco la necesidad de su modificación. Más bien, al presentar el tratamiento colectivo de cuestiones comunes en términos de si tal tratamiento avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles, esta Sección trabaja sobre prácticas actuales de una manera más sistemática. El objetivo es asistir tanto a las cortes como a los abogados mediante la identificación, con mayor precisión, de las consideraciones reflejadas en la interacción que se da entre las Sub-secciones (b)(3) y (c)(4) de la Regla 23, tal como se encuentran establecidas en el derecho vigente.

Las cortes están divididas sobre la precisa relación que existe entre el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3) y la autorización de brindar tratamiento colectivo sólo a ciertas cuestiones establecida en la Regla 23(c)(4). Comparar, por ejemplo, *Castano v. Am. Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 745 n.21 (5th Cir. 1996) (“Leer la Regla 23(c)(4) como autorizando a una corte para separar cuestiones hasta que la cuestión común remanente predomine sobre las cuestiones individuales remanentes vaciaría de contenido el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3); ya que el resultado sería una certificación automática en cada caso donde haya una cuestión común, un resultado que no puede haber sido el buscado”), con, por ejemplo, *In re Nassau County Strip Search Cases*, 461 F.3d 219, 227 (2d Cir. 2006) (“[U]na corte debe emplear la sub-sección (c)(4) para certifi-

car una clase en lo que hace a la responsabilidad civil, con independencia de que la pretensión como un todo satisfaga el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3)”). La división en las cortes, a su turno, ha generado divergentes recomendaciones de parte de la doctrina. Comparar Laura J. Hines, *Challenging the Issue Class Action End-Run*, 52 Emory L.J. 709 (2003) (criticando el uso de la certificación de cuestiones por socavar los requisitos de la regla 23(b)(3)), con Jon Romberg, *Half a Loaf is Predominant and Superior to None: Class Certification of Particular Issues Under Rule 23(c)(4)(A)*, 2002 Utah L. Rev. 249 (bregando por un mayor uso de la certificación de cuestiones para tratamiento colectivo).

Según sus términos, el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3) requiere una comparación entre “las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase” y “cualquier cuestión que afecte sólo a miembros individuales”. Quienes abogan por la certificación de cuestiones tienen un incentivo para encuadrar las cuestiones de derecho y de hecho en un alto nivel de generalidad de modo tal de argumentar sobre su carácter común, mientras que los oponentes a este tipo de tratamiento colectivo tienen un incentivo para catalogar con detalles microscópico cada variación fáctica o legal que sugiera la existencia de cuestiones individuales. La especificación de que las cuestiones comunes deben “predominar” sobre las individuales, además, es susceptible de ser leída incorrectamente como sugiriendo que el mero apilamiento de cuestiones comunes justifica de algún modo la certificación de la clase, aun en presencia de cuestiones individuales que impedirían al proceso brindar respuestas comunes con respecto a los asuntos allí comprendidos. El lenguaje de la Regla 23(c)(4), a su turno, provee poca guía sobre las consideraciones que deberían determinar cuándo la certificación parcial encuadra en la calificación “cuando sea apropiado”. Para una discusión de los factores relevantes a la hora de decidir si certificar una clase con respecto a una cuestión particular, ver *Hohider v. United Parcel Service, Inc.*, 574 F.3d 169, 200–202 (3d Cir. 2009).

Buscando entender la Regla 23(b)(3) y la Regla 23(c)(4) como un todo integrado, el actual Manual for Complex Litigation reconoce que las cortes deberían emprender el tratamiento colectivo de cuestiones comunes “sólo si éste permite una justa presentación de las pretensiones y defensas, y avanza materialmente la disposición del litigio como un todo”. Ver Manual for Complex Litigation (Fourth) § 21.24, p. 273 (2004). Ver también Barbara J. Rothstein & Thomas E. Willging, *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges* 10 (2d ed. 2009) (“El test pasa por determinar si la resolución de la cuestión común avanza el litigio como un todo, en oposición a dejar

Capítulo 2

un gran número de cuestiones para una adjudicación caso por caso.”). La misma locución aparece en la jurisprudencia. Ver, por ejemplo, *McLaughlin v. Am. Tobacco Co.*, 522 F.3d 215, 234 (2d Cir. 2008) (declinando autorizar una acción de clase para el juzgamiento de cuestiones porque no “avanzaría materialmente el litigio”). El lenguaje de la sub-sección (a)(1) de esta Sección incorpora dicha noción de avance material como diferente de un avance sólo marginal o trivial. Una noción muy similar sobre avance material es parte del derecho vigente en materia de autorización de apelaciones interlocutorias. Ver 28 U.S.C. § 1292(b) (proveyendo que las cortes de distrito pueden autorizar apelaciones interlocutorias de órdenes no finales, a discreción de las cortes de apelación relevantes, con respecto a “cuestiones de derecho controlantes” de modo tal que la “apelación inmediata” podría “avanzar materialmente la resolución última del litigio”). En esta Sección, la formulación “avanzar materialmente” está diseñada para transmitir un sentido similar de importancia central para todo el litigio.

Las especificaciones adicionales contenidas en la sub-sección (a)(1) respecto a que la cuestión común apropiada para tratamiento colectivo debería ser un “núcleo fundamental” del litigio y no algo tangencial o secundario, refleja el análisis para certificación de clase efectuado conforme la Regla 23(b)(3) en *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241, 1254–1255 (11th Cir. 2004). Allí, la corte evaluó la conveniencia de certificar la clase basada, en gran medida, en si la resolución de las cuestiones comunes de manera colectiva podría avanzar la disposición global de las pretensiones subyacentes. Ver el mismo precedente, p. 1254 (señalando que, al tomar la decisión de certificar una clase, la corte debería “evaluar el grado en que la resolución de cuestiones en clave colectiva avanzará la pretensión de cada miembro individual contra el demandado”). A pesar de esto, la certificación de clase en *Klay* no abarcó todas las cuestiones que presentaba el litigio subyacente. La certificación abarcó sólo las pretensiones federales de los miembros de la clase que encontraban causa en RICO, mas no sus pretensiones de derecho estatal por incumplimiento de contrato. No obstante, la resolución de únicamente las pretensiones federales con causa en RICO, en el análisis efectuado por la corte en *Klay*, podía avanzar materialmente la disposición global de las pretensiones de los miembros de la clase.

La determinación de lo que significa una cuestión que configura un “núcleo fundamental” del litigio, no obstante, es sensible al particular derecho sustantivo involucrado en el caso. En línea con el reconocimiento efectuado en esta Sección respecto de la dificultad de certificar clases en casos de daños personales, la corte de distrito responsable del caso de la droga

—litigio federal consolidado en materia de responsabilidad derivada de productos elaborados— declinó certificar una clase para tratar colectivamente la cuestión de la causalidad general. La corte sostuvo que “[e]s poco probable que la resolución de la causalidad general afecte el curso de este litigio” porque “[p]oco tiempo y gasto, o ninguno, serán ahorrados en los juicios individuales en virtud del juicio colectivo precedente sobre la causalidad general”. In re Vioxx Prods. Liab. Litig., 239 F.R.D. 450, 462 (E.D. La. 2006) (citas internas omitidas). Ver también Roger L. Transgrud, *Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent*, 1989 U. Ill. L. Rev. 69, 79 (“Raramente. . . un juicio masivo [sobre causalidad general] llevará a una rápida decisión a favor de un gran grupo de actores contra uno o más demandados, porque aun si el jurado encuentra demostrado, por ejemplo, que el producto del demandado pudo haber causado el daño padecido por el actor, todavía serán necesarios juicios individuales para determinar la causalidad específica, establecer si el demandado cuenta con alguna defensa afirmativa disponible, y determinar la extensión de los daños sufridos por los actores. Poco tiempo y gastos, o ninguno, será ahorrado en estos juicios individuales en virtud del juicio masivo precedente sobre causalidad general.”). Una corte de apelación canadiense arribó a igual conclusión en la acción de clase promovida en dicho país por daños causados por la misma droga. Ver *Wuttunee v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2009] 5 W.W.R. 228 (Can. Sask. C.A.).

El rechazo de la certificación de clase pedida en el litigio de Vioxx para tratar la cuestión de la causalidad general aplica el enfoque que puede verse en todos lados en materia de litigios de responsabilidad por productos elaborados, y puede servir como indicativo de la preocupación sobre la inhabilidad para dictar decisiones precisas reflejando pretensiones individuales diversas. Ver, por ejemplo, *Castano*, 84 F.3d at 741, 746 (rechazando el enjuiciamiento en clave colectiva de “cuestiones fundamentales en materia de responsabilidad” porque la agregación de pretensiones “magnífica y refuerza el número de pretensiones sin mérito”); In re *Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293, 1297 (7th Cir. 1995) (revocando el tratamiento en clave colectiva de cuestiones relativas a la negligencia, destacando “el loable deseo del juez de distrito de experimentar con un procedimiento innovador para racionalizar la adjudicación de un ‘hecho de daños masivos’”, pero sosteniendo que en la práctica las cuestiones enjuiciadas excederían “los límites permisibles de discreción para la gestión de litigios federales”).

No obstante, las cortes han reconocido la viabilidad de clases certificadas para ciertas cuestiones en circunstancias ajenas al campo de la responsabilidad por productos elaborados. Ver *Mejdrech v. Met-Coil Systems Corp.*,

Capítulo 2

319 F.3d 910 (7th Cir. 2003); *Allen v. Int'l Truck & Engine Corp.*, 358 F.3d 469 (7th Cir. 2004). Los detalles específicos de *Mejdrech* y *Allen* son trabajados más adelante, en §§ 2.03 y 2.04, respectivamente. En lo que interesa para esta Sección, el punto es que en *Mejdrech* y *Allen* el Séptimo Circuito revocó por abuso de discreción los rechazos de la corte de distrito a certificar clases para el tratamiento de cuestiones en casos de contaminación ambiental y discriminación laboral, respectivamente, en contraste con el rechazo de certificación de clases para tratamiento de cuestiones en casos de responsabilidad por productos elaborados. Ver *Rhone-Poulenc*, 51 F.3d 1293.

Al mismo tiempo, el Comentario *a* advierte que la tendencia del tratamiento colectivo a incrementar la presión para llegar a un acuerdo transaccional no debería, por sí misma, dotar de mayor sustento a una determinación de la corte sobre si la agregación avanzaría materialmente el litigio. Esta advertencia se encuentra en línea con el reconocimiento de que la realidad descriptiva de la presión para acordar que genera la agregación es diferente de la cuestión normativa sobre si tal presión es deseable o indeseable a la luz del derecho sustantivo. Ver Richard A. Nagareda, *Aggregation and its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA*, 106 Colum. L. Rev. 1872, 1879–1895 (2006).

El Comentario *a* advierte igualmente contra una indagación basada simplemente en términos del nivel de “esfuerzo” que los patrocinantes legales y la corte esperan dedicar a una cuestión común considerada fundamental para la agregación. En las etapas tempranas del litigio es difícil intentar cuantificar el tiempo judicial necesario para atender cuestiones que podrían ser resueltas por mociones previas al juicio, *discovery* o de otro modo. En general, no parece probable que una indagación cuantitativa del género rinda frutos. Una corte estatal aparentemente adoptó una visión de este tipo respecto de su regla de acciones de clase con modalidad de optar por excluirse del proceso. Ver, por ejemplo, *Sw. Refining Co. v. Bernal*, 22 S.W.3d 425, 434 (Tex. 2000) (presentando la indagación sobre la predominancia en términos de “si las cuestiones comunes o individuales serán objeto de la mayoría de los esfuerzos de los litigantes y la corte”) (citando *Central Power & Light Co. v. City of San Juan*, 962 S.W.2d 602, 610 (Tex. Ct. App. 1998)). Una asignación anticipada de “esfuerzos” seguramente podría arrojar alguna luz sobre si una cuestión común determinada propuesta para tratamiento colectivo estaría en condiciones de “avanzar materialmente la resolución” de múltiples pretensiones. De hecho, inmediatamente antes de su referencia a “los esfuerzos de los litigantes y la corte”, la corte de *Bernal* presentó la indagación sobre el requisito de predominancia en términos de

“las cuestiones sustantivas del caso que controlarán el resultado del litigio”. Id. El lenguaje de la sub-sección (a)(1) está diseñado para enfatizar la naturaleza cualitativa de la indagación, una indagación potencialmente informada —pero no necesariamente dictada— por la anticipada asignación de esfuerzos entre las cuestiones involucradas.

Sobre la familiar proposición de que una corte no puede, como parte de la certificación de clase, predeterminar el efecto preclusivo de sus propias decisiones sino que, más bien, la cuestión de la preclusión será determinada en última instancia en el contexto de otros procesos, ver, por ejemplo, Reg. F. de Proc. Civ. 23, notas del comité consultivo (reforma del año 1966); *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Epstein*, 516 U.S. 367, 396 (1996) (Ginsburg, J., concurriendo en parte y disintiendo en parte); ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 5.05, Comentario *b*, 285 (“[L]a corte, al decidir un caso complejo, no determinará el alcance exacto de la preclusión que provocarán las decisiones del litigio”). No obstante, una corte que debe decidir si autorizar o no el tratamiento colectivo debería indagar con detenimiento el *potencial* efecto preclusivo de tal procedimiento. Conf. Reg. F. Proc. Civ. 23, nota del comité consultivo (reforma de 1966) (“La corte. . . al enmarcar la decisión de cualquier proceso promovido como una acción de clase, debe decidir cuál será el alcance de su cobertura. Si el asunto es considerado cuidadosamente resulta menos probable que se produzcan más tarde planteos de *cosa juzgada* y, de presentarse, serán respondidos de forma más satisfactoria”).; Tobias Barrington Wolff, *Preclusion in Class Action Litigation*, 105 *Colum. L. Rev.* 717, 722 (2005) (“Ninguna corte puede legítimamente resolver un pedido de certificación en una acción de clase -al menos, una acción de clase que podría proceder hacia un resultado litigioso- sin haber alcanzado un entendimiento claro del probable efecto preclusivo que una decisión en el caso podría tener sobre los miembros de la clase y las opciones que la corte tiene a disposición para alterar o restringir tales efectos”).

Comentario b. El derecho vigente reconoce la importancia de una indagación comparativa sobre si la acción de clase “es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficiente adjudicación de la controversia”, locución utilizada por la Reg. F. de Proc. Civ. 23(b)(3). La Suprema Corte ha reforzado este punto, señalando que “las acciones de clase constituyen uno de varios métodos para producir la agregación de pretensiones, esto es, son sólo uno de diversos métodos por los cuales múltiples partes situadas en posición similar logran que pretensiones similares sean resueltas de una sola vez y en

Capítulo 2

una sola jurisdicción federal”. *Sprint Communications Co. v. APCC Services, Inc.*, 128 S. Ct. 2531, 2545 (2008).

Como en § 2.01, las referencias efectuadas en esta Sección a las distinciones entre asuntos *upstream* y *downstream* y entre daños económicos y daños personales es tomada de Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 831–832 (1997). Ver § 2,01, Notas de los Reporteros. El encuadramiento de esta indagación efectuado en el Comentario *b* en términos de consideraciones adicionales, tales como la viabilidad de las pretensiones en ausencia de agregación y la variación entre pretensiones, se basa en un enfoque similar presente en la doctrina, si bien con algunas diferencias terminológicas:

	Baja Variación Entre Pretensiones Individuales	Alta Variación Entre Pretensiones Individuales
Bajo Valor de las Pretensiones Individuales	Acciones de clase indispensables para la prosecución privada	Prosecución privada colectiva dificultosa debido a problemas de gestión
Alto Valor de las Pretensiones Individuales	Acciones de clase necesarias, pero mayor preocupación por la posibilidad de excluirse del proceso y otros derechos de control	Tratamiento colectivo no esencial y acción de clase considerada sospechosa

Samuel Issacharoff, *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience*, 34 Tex. Int'l L.J. 135, 149 (1999). La fuerza de la justificación para certificar la clase en el escenario de baja viabilidad y baja variación es bien reconocida en el derecho de las acciones de clase. Ver *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997) (“La idea que se encuentra en el núcleo fundamental del mecanismo de acciones de clase es superar el problema de que las pequeñas sumas no proveen incentivo para ninguna persona a fin de promover una acción individual en defensa de sus derechos. La acción de clase soluciona este problema agregando las relativamente insignificantes potenciales sumas a recuperar y convirtiéndolas en algo que valga la pena el trabajo de alguien (usualmente un abogado)”) (citando *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (7th Cir. 1997)).

El *discovery* coordinado a lo largo de múltiples pretensiones pendientes en cortes federales tiene lugar por aplicación de la Multidistrict Litigation Act, 28 U.S.C. § 1407(a) (“Cuando acciones civiles que involucran una o más cuestiones comunes de hecho se encuentran pendientes en diferentes distritos, tales acciones pueden ser transferidas a cualquier distrito para desarrollar los procedimientos previos al juicio coordinados o consolidados”). Ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, 21–24 (describiendo en general el proceso de litigio multidistrital y los problemas con las transferencias de casos conforme la Sección 1407).

Las decisiones previas al juicio en materia de admisibilidad de prueba pertinente para cuestiones que son comunes a múltiples pretensiones emergen como una importante dimensión de los litigios federales consolidados por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital. Ver, por ejemplo, *In re Ocean Bank*, 481 F. Supp. 2d 892, 896 (N.D. Ill. 2007) (haciendo lugar parcialmente y rechazando parcialmente una moción de los actores contra cierto testimonio experto en acciones basada en la Fair Credit Reporting Act); *In re Fedex Ground Package System, Inc. Employment Practices Litigation*, No. 3:05-MD-527 RM (MDL-1700), 2007 WL 3027405, *1 (N.D. Ind. 15 de Octubre de 2007) (invalidando por razones de admisibilidad una moción del actor contra parte de los reportes del experto presentado por la demandada).

Para una discusión sobre los juicios individuales tradicionales como medios para avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones en el contexto de consolidaciones dispuestas por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital, ver *DeLaventura v. Columbia Acorn Trust*, 417 F. Supp. 2d 147, 156 (D. Mass. 2006) (alabando los esfuerzos del juez de distrito en el litigio de Vioxx orientados a “empujar a la mesa de negociación a actores y fabricantes del medicamento mediante *el enjuiciamiento* de casos representativos, dejando que los resultados de éstos pongan *en los tribunales* un precio de referencia para el acuerdo transaccional global”). Ver también Edward F. Sherman, *The MDL Model for Resolving Complex Litigation If a Class Action is Not Possible*, 82 Tul. L. Rev. 2205 (2008). Como explica otra corte:

Un *bellwether trial*. . . permite a la corte y al jurado acordar debida consideración a los principales argumentos de ambas partes sin enfrentar la desalentadora perspectiva de resolver cada cuestión en cada caso. Cabe recordar que un demandado no es responsable meramente porque ha sido demandado por un gran grupo de actores. Y todo litigante experimentado entiende que a menudo hay un manejo de cuestiones cruciales sobre las cuales gira primariamente el litigio. Un *bellwether trial* permite a cada parte presentar sus mejores argumentos sobre estas cuestiones para que sean

Capítulo 2

resueltas por un juzgador de hecho. Más aun, la resolución de estas cuestiones frecuentemente facilita el acuerdo sobre las pretensiones remanentes.

Por supuesto que los *bellwether trials* no pueden exceder los límites impuestos por la Constitución, pero estos procesos no provocan necesariamente altos riesgos de hacerlo.

In re Methyl Tertiary Butyl Ether (MTBE) Prods. Liab. Litig., No. 1:00-1898, MDL 1358(SAS), M21-88, 2007 WL 1791258, *2 (S.D.N.Y. 15 de Junio de 2007). Ver también Morgan v. Ford Motor Co., No. 06-1080 (JAP), 2007 WL 1456154, *6-7, *9-10 (D.N.J. 17 de Mayo de 2007); Alexandra D. Lahav, *Bellwether Trials*, 76 Geo. Wash. L. Rev. 576 (2008).

El juez de distrito responsable del litigio federal sobre Vioxx consolidado por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital explica que los *bellwether trials* pueden generar información apta para facilitar la resolución de casos relacionados y aun no enjuiciados, aun cuando tales procesos no producen efectos preclusivos con respecto a los restantes:

Un típico caso *bellwether* comienza a menudo como un simple proceso individual, el cual procede a través del *discovery* previo al juicio, y en el juicio mismo, de la tradicional manera binaria: un actor contra un demandado. Sin embargo, tal caso puede asumir cualidades de “*bellwether*” cuando resulta seleccionado para enjuiciamiento porque involucra hechos, pretensiones o defensas que son similares a los hechos, pretensiones y defensas presentes en un grupo más amplio de casos relacionados. . . [E]n orden a beneficiar el proceso de litigio multidistrital, los resultados de *bellwether trials* no necesitan ser vinculantes sobre las partes consolidadas con pretensiones o defensas relacionadas. Es que con el sólo hecho de inyectar jurados y determinación de hechos en el litigio multidistrital, los *bellwether trials* asisten en la maduración de las disputas al proveer una oportunidad, para el patrocinio letrado que coordina, de *organizar* los productos del *discovery* común previo al juicio, *evaluar* las fortalezas y debilidades de sus argumentos y pruebas, y *comprender* los riesgos y costos asociados con el litigio. De mínima, el proceso *bellwether* debería llevar a la creación de “paquetes de juicios” que puedan ser utilizados por los patrocinantes legales locales luego de la disolución del litigio multidistrital consolidado, un subproducto valioso por sí mismo que provee al menos una justificación parcial para la tradicional demora asociada con la práctica del litigio multidistrital. Además, y tal vez más importante, el conocimiento y la experiencia ganada durante el proceso *bellwether* puede precipitar negociaciones para lograr un acuerdo transaccional global y asegurar que tales negociaciones no se produzcan en el vacío, sino más bien a la luz de evaluaciones del litigio producidas en el mundo real por múltiples jurados.

Eldon E. Fallon, Jeremy T. Grabill & Robert Pitard Wynne, *Bellwether Trials in Multidistrict Litigation*, 82 Tul. L. Rev. 2323, 2325 (2008).

Sobre el surgimiento de agregaciones administrativas que las cortes han considerado al nivel de “quasi-acciones de clase”, ver *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F. Supp. 2d 488, 491 (E.D.N.Y. 2006) (señalando “el gran número de actores sujetos a la misma matriz de acuerdo transaccional aprobada por la corte” en un litigio multidistrital consolidado). Para lecturas similares, ver *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 574 F. Supp. 2d 606, 611 (E.D. La. 2008); *In re Guidant Corp. Inflatable Defibrillators Prods. Liab. Litig.*, MDL No. 05-1708 (DWF/AJB), 2008 WL 682174, *17–18 (D. Minn. 7 de Marzo de 2008). La agregación administrativa puede presentar significativas cuestiones procesales. Para un análisis con referencia al contexto de daños masivos, ver Elizabeth Chamblee Burch, *Procedural Justice in Nonclass Aggregation*, 44 Wake Forest L. Rev. 1, 16–23 (2009) (distinguiendo entre actitudes de “individuos orientados al grupo” e “individuos dentro del colectivo” en agregaciones que no son acciones de clase).

Con respecto a la comunicación entre cortes para coordinar el manejo de pretensiones civiles relacionadas, uno puede mirar como guía —por analogía— el desarrollo de las comunicaciones entre cortes en el contexto de procesos de quiebra transnacionales. Ver *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*, <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf> (última visita el 11 de Agosto de 2013), adoptadas y promulgadas por el American Law Institute en el 2000, e incluidas como Apéndice B en *Transnational Insolvency: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries* (2003). La referencia adicional a la posibilidad de que un juez particular juzge por designación en los diversos lugares donde pueden ocurrir los *bellwether trials* de casos individuales, está diseñada para reflejar una práctica emergente en los litigios multidistritales consolidados. En ese contexto, es posible obtener los beneficios de los *bellwether trials* como modo de informar a la corte receptora de los casos multidistritales consolidados, a pesar de las restricciones impuestas por *Lexecon Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*, 523 U.S. 26 (1998) (sosteniendo que la corte receptora de los casos multidistritales consolidados sólo tiene autoridad para conducir procedimientos previos al juicio conforme lo dispone 28 U.S.C. § 1407(a), y, por tanto, debe reenviar los casos consolidados a las cortes de origen para su enjuiciamiento). Ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 3.06, Comentario *g*, 125 (“[U]na vez que el juez receptor separa las cuestiones comunes y las individuales . . . [l]a solución más común probablemente será que las cuestiones indivi-

Capítulo 2

duales no resueltas, como los daños, sean reenviadas a las cortes de origen para su adjudicación”).

La discusión de más arriba sobre la capacidad de una corte en un proceso colectivo para manejar procesos sobre las cuestiones remanentes está vinculada a la jurisprudencia divergente, también mencionada más arriba, sobre certificación de clases para el tratamiento de cuestiones. Una serie de decisiones del Séptimo Circuito refleja la distinción entre el escepticismo judicial sobre la certificación de clases para el tratamiento de cuestiones en el contexto de daños masivos y el apoyo judicial a un tratamiento de este tipo en algunas áreas de litigios ambientales y discriminación laboral. Comparar *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995) (litigio de daños masivos con causa en productos de sangre contaminados), con *Mejdrech*, 319 F.3d 910 (contaminación ambiental); *Allen*, 358 F.3d 469 (discriminación laboral).

Comentario d. Sobre la agregación en el contexto de acciones de clase como vía para amplificación y como una fuente potencial de distorsión del derecho sustantivo, ver Richard A. Epstein, *Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion*, 2003 U. Chi. Legal F. 475. La proposición de que el tratamiento colectivo de cuestiones comunes en un litigio debe respetar las divisiones entre cuestiones formuladas por el derecho sustantivo aplicable, se desprende de la advertencia de que las cortes, al autorizar el tratamiento colectivo de cuestiones particulares, “deben construir sobre tal articulación”. *Rhone-Poulenc*, 51 F.3d at 1302. Para una discusión más extensa, ver § 2.03, *Comentario a.* La metáfora de conjuntos creados por el derecho sustantivo enfoca apropiadamente la atención sobre la existencia y naturaleza de divisiones hechas entre varias cuestiones, tal como son delineadas por los elementos de una causa de acción o defensa. Otros tipos de conjuntos pueden desprenderse no tanto de diferentes elementos legales como de la organización de la prueba en el juicio, tal como sucede con las distinciones efectuadas por el derecho en materia de discriminación laboral entre los componentes del caso *prima facie* de los actores y aquellos asuntos defensivos respecto de los cuales la carga de producción de la prueba pesa sobre el demandado. Ver, por ejemplo, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 432 (1971) (describiendo el caso *prima facie* para los actores y la carga de producción de la prueba para los demandados en acciones por discriminación laboral planteadas conforme a la teoría del impacto dispar).

Comentario e. El efecto preclusivo del tratamiento colectivo ha generado considerables discusiones en el contexto de las acciones de clase. Para dos artículos ilustrativos entre las muchas discusiones sobre este tema, ver, por

ejemplo, Samuel Issacharoff, *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, 77 Notre Dame L. Rev. 1057 (2002); Geoffrey C. Hazard, Jr. et al., *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, 146 U. Pa. L. Rev. 1849 (1998). Para tratamientos previos acordados a este tema por el American Law Institute, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, 5.05 y Comentarios.

Sobre los problemas especiales que pueden presentarse cuando una acción de clase propuesta abarca sólo algunas de las pretensiones con aptitud para ser adjudicadas en clave colectiva, ver *Citizens Ins. Co. of Am. v. Daccach*, 217 S.W.3d 430 (Tex. 2007). Allí, la Suprema Corte de Texas sostuvo que su regla estatal de acciones de clase “requiere a la corte de juicio, como parte de su riguroso análisis [sobre la certificación de clase], considerar el riesgo de que una decisión dictada en la acción de clase podría precluir la litigación subsiguiente de pretensiones no alegadas, abandonadas o divididas en tal proceso.” Id. p. 457. “La corte de juicio abusa en su discreción si omite considerar el efecto preclusivo de una decisión sobre pretensiones abandonadas, ya que la cosa juzgada podría socavar el requisito de la representatividad adecuada”. Id. (citando a Wolff, *Preclusion in Class Action Litigation*, 105 Colum. L. Rev. at 722).

Sobre la conveniencia del tratamiento colectivo de cuestiones comunes por medio de una acción de clase aun cuando la parte que se opone a la agregación está preparada para conceder tales cuestiones, ver *Nassau County Strip Search Cases*, 461 F.3d at 227–229. Allí, el Segundo Circuito vinculó la procedencia del tratamiento colectivo con el efecto de preclusión de cuestiones que ese tratamiento tendría en procesos posteriores concernientes a las cuestiones remanentes del litigio. El Segundo Circuito dijo que, ausente el tratamiento colectivo por medio de una acción de clase de las cuestiones comunes implicadas en la responsabilidad reconocida por los demandados con relación a una política de búsqueda inconstitucional, las cortes en posteriores procesos “podrían diferir en torno a si. . . los requisitos para la preclusión de cuestiones se encuentran reunidos”. Id. p. 228.

Comentario f. La necesidad de salvaguardar los intereses de los participantes debido a la reducción de su poder de control en el litigio colectivo ha sido reconocida desde hace largo tiempo. Ver, por ejemplo, *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42 (1940) (definiendo la garantía constitucional de debido proceso en acciones de clase en términos de si el procedimiento adoptado “asegura de manera justa la protección de los intereses de las partes ausentes que serán vinculadas por [el litigio]”). Como se observa en § 2.07(d), la necesidad de proteger los intereses de los participantes en procesos colectivos no está confinada a las personas alineadas con el lado activo

Capítulo 2

del litigio, sino que se extiende también a las personas que se oponen a los reclamantes.

El Ejemplo 1 es elaborado a partir de la situación presentada en *Dukes v. Wal-Mart, Inc.*, 509 F.3d 1168 (9th Cir. 2007). Sin embargo, el Ejemplo no toma posición sobre la cuestión legal de si el derecho sustantivo en materia de discriminación laboral requiere conceder al demandado, en un caso de patrón “o” práctica que involucra un alegado tratamiento dispar, la oportunidad de rebatir la presunción derivada de dicho tratamiento con respecto a empleados individuales miembros de la clase. El Ejemplo tampoco toma posición sobre la cuestión última en materia de agregación presentada en *Dukes*. El Ejemplo simplemente subraya la importancia central de la cuestión legal concerniente a la oportunidad de rebatir y su relación con la capacidad del tratamiento colectivo. Ello a fin de evitar comprometer la justicia del proceso de refutamiento tal como es delineado por el derecho sustantivo.

Comentario h. El derecho vigente en el campo de las acciones de clase reconoce que “[r]eunir la información necesaria a efectos de decidir sobre la certificación puede requerir tiempo”. Reg. F. de Proc. Civ. 23(c)(1), nota del comité consultivo (reforma del año 2003). “[U]n *discovery* controlado” bajo “[a]ctiva supervisión judicial” puede estar justificado para “identificar la naturaleza de las cuestiones que serán efectivamente presentadas en juicio”. Id. Sobre la importancia de la reforma del año 2003, ver *Oscar Private Equity Investments v. Allegiance Telecom, Inc.*, 487 F.3d 261, 267 (5th Cir. 2007) (“Estos cambios sutiles. . . reconocen que la orden de certificación dictada por una corte de distrito a menudo concede a los actores un extraordinario poder de negociación, y que su relevancia debería dictar el procedimiento que la precede. Estos cambios son el producto de años de estudio del Comité Consultivo sobre Reglas Civiles, incluyendo muchas audiencias abiertas y simposios. Esta sabiduría colectiva no debe ser dejada de lado. El hecho de que hay ‘importantes preocupaciones en materia de debido proceso inherentes a la decisión de certificar y concernientes tanto a actores como demandados no puede ser contradicho.’”) (citando *Unger v. Amedisys Inc.*, 401 F.3d 316, 320 (5th Cir. 2005)). Ver también Geoffrey P. Miller, *Review of the Merits in Class Action Certification*, 33 Hofstra L. Rev. 51, 87 (2004) (concluyendo que las cortes deberían “investigar el mérito en la medida que ello sea conveniente y útil para analizar los requisitos de certificación aplicables a la clase”).

La caracterización de la decisión de agregar como un asunto mixto conformado por cuestiones de hecho y de derecho —con la dimensión fáctica implicando la necesidad, en ciertos casos, de desarrollar un *discovery* contro-

lado— se desprende de la tendencia dominante en recientes decisiones sobre el alcance apropiado de la indagación judicial en el marco de la certificación de clase. Ver *In re IPO Sec. Litig.*, 471 F.3d 24, 40 (2d Cir. 2006) (“Si bien a menudo hay disputas fácticas en conexión con los requisitos de la Regla 23 y tales disputas deben ser resueltas con determinaciones sobre hechos, la cuestión final con relación a cada requisito es realmente una cuestión mixta de hecho y de derecho. Un estándar legal como puede ser la impracticabilidad del litisconsorcio, la existencia de cuestiones comunes o lapredominancia, es aplicado sobre una serie de hechos, algunos de los cuales pueden estar en disputa”). *Id.* p. 41 (“Para evitar el riesgo de que una audiencia en el marco de la Regla 23 se extienda y convierta en un prolongado mini-juicio de porciones sustanciales del litigio subyacente, debe acordarse considerable discreción al juez de distrito para limitar tanto el *discovery* como la extensión de la audiencia sobre los requisitos previstos en la Regla 23. Pero aun con algunos límites sobre el *discovery* y la extensión de la audiencia, el juez de distrito debe recibir suficiente prueba por declaración jurada, documentos o testimonios para encontrarse satisfecho de que cada requisito previsto en la Regla 23 ha sido cumplido”); *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.*, 552 F.3d 305, 324 (3d Cir. 2008) (citando el pasaje precedente de *IPO*); *Oscar Private Equity*, 487 F.3d at 268 (“[La decisión de la Suprema Corte en] *Eisen* [v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156, 177–178 (1974)] no ha quitado a la Regla 23 todo su rigor. Una corte de distrito todavía debe acordar peso completo e independiente a cada requisito de la Regla 23, sin importar si ese requisito se superpone con el mérito del asunto.”); *Szabo v. Bridgeport Machines, Inc.*, 249 F.3d 672, 676 (7th Cir. 2001) (“Un juez no debería y no podría aceptar como decisiva la afirmación del actor [con respecto a la impracticabilidad del litisconsorcio]; en cambio, el juez podría recibir pruebas (aunque sea una declaración jurada) y resolver las disputas antes de decidir si certificar la clase.”); *Dukes v. Wal-Mart, Inc.*, 509 F.3d 1168, 1181 (9th Cir. 2007) (llamando a una “determinación de hechos [por parte de la corte] que, basada en toda la evidencia presentada, demuestre la existencia de cuestiones comunes de hecho suficientes para justificar la certificación de la clase”).

Sobre el punto específico de que el cumplimiento de los recaudos necesarios para la certificación de clase no se presenta como una cuestión de apropiada postulación, ver *Hydrogen Peroxide*, 552 F.3d at 316 (“[L]os requisitos establecidos en la Regla 23 no son sólo meras reglas postulatorias.”).

Comentario i. El derecho vigente en materia de acciones de clase también reconoce que, como parte de la decisión de certificar, la corte “debe definir

Capítulo 2

la clase y las pretensiones de la clase, cuestiones o defensas . . .” Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(1)(B). La práctica judicial ha tendido, en ocasiones, a poner más atención en la primera tarea y menos en la última. El Tercer Circuito observa que “[l]as órdenes de certificación tienden a tratar los parámetros de la propia clase de manera mucho más clara y deliberada que las pretensiones, cuestiones o defensas planteadas por la clase.” *Wachtel v. Guardian Life Ins. Co.*, 453 F.3d 179, 184 (3d Cir. 2006). Analizando el lenguaje de la Regla 23(c)(1)(B), el Tercer Circuito insiste en que “los precisos parámetros que definen a la clase y una completa lista de las pretensiones, cuestiones o defensas a ser tratadas en clave colectiva” deben ser “fácilmente discernibles del propio texto de la orden de certificación o de un memorándum de opinión a ella incorporado”. *Id.* p 185. Ver también *id.* pp. 187–188 (insistiendo en una “fácilmente discernible, clara y completa lista de pretensiones, cuestiones o defensas a ser tratadas en clave colectiva”). La sub-sección (e) y el Comentario *i*, a su turno, elaboran la justificación funcional para insistir en que las cuestiones comunes a ser determinadas en clave colectiva deben resultar “fácilmente discernibles” desde el inicio del proceso. Ver *id.* p.185 (“El claro y completo tratamiento de la clase y de las pretensiones de esa clase, cuestiones o defensas en la etapa de certificación incuestionablemente facilitará la oportuna ejecución de lo que casi siempre es el siguiente paso. . . en los litigios de clase, esto es, la distribución de notificaciones a los miembros de la clase, supervisada por la corte”).

La notificación de las pretensiones específicas a ser litigadas colectivamente es especialmente importante cuando hay posibilidad de que se produzca cosa juzgada con respecto a otras pretensiones de los miembros ausentes que el representante de la clase hubiera elegido abandonar en el proceso colectivo por razones estratégicas. Aquí, la delimitación específica de las pretensiones a ser abarcadas por los procesos de clase podría ser necesaria en orden a conceder a los miembros putativos de la clase “una oportunidad para excluirse de la clase de forma tal de preservar pretensiones individuales que de otro modo no podrían plantear en litigios posteriores.” *Citizens Ins.*, 217 S.W.3d at 457.

Efecto sobre el derecho vigente. El enfoque ofrecido aquí está diseñado para dotar de precisión a la indagación que actualmente realizan las cortes dentro del vocabulario del derecho procesal existente, particularmente con relación al requisito de predominancia y la autorización de clases para el tratamiento de ciertas cuestiones prevista en Regla 23. En gran medida, para implementar el enfoque de esta Sección no sería necesario efectuar cambio alguno en las reglas procesales existentes. Como se explica con mayor pro-

fundidad en § 2.09, sí sería necesaria cierta legislación para autorizar el tipo de apelación interlocutoria sobre determinaciones del mérito de una cuestión común en una acción de clase -una apelación adicional a la existente apelación interlocutoria contenida en la Regla 23(f) con respecto a la decisión de certificar la clase.